

## Division De Condominio Fijacion De Canon Locativo Intimacion Previa Facultades Judiciales

### JURISPRUDENCIA

### División de condominio. Fijación de canon locativo. Intimación

previa. Facultades judiciales Se revoca el fallo recurrido, haciendo lugar a la pretensión por fijación de canon locativo, pues a partir de la notificación de la acción por división de condominio instaurada la actora ha exteriorizado el reclamo por la ocupación exclusiva y excluyente del inmueble por parte de su hermano.

En Lomas de Zamora, a los 12 días del mes de Abril de 2018, reunidos en Acuerdo Ordinario los Jueces de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, de este Departamento Judicial, doctores: Guillermo Fabián Rabino y Luis Adalberto Conti, con la presencia de la Secretaria del Tribunal, se trajo a despacho para dictar sentencia la causa n° 48701 caratulada: "RODRIGUEZ ANA ESTER C/ RODRIGUEZ MIGUEL ENRIQUE S/DIVISION DE CONDOMINIO". De conformidad con lo dispuesto por los artículos 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 266 del Código Procesal Civil y Comercial del mismo Estado, la Cámara resolvió votar las siguientes:

CUESTIONES: 1°) ¿Es justa la sentencia apelada? 2°) ¿Ha sido bien concedido el recurso de apelación interpuesto en subsidio a fs 277? 3°) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar? Practicado el sorteo de ley (art. 263, in fine del C.P.C.C.); dio el siguiente orden de votación: Dr. Guillermo F. Rabino y Dr. Luis A. Conti. VOTACIÓN: A la primera cuestión, el Dr. Guillermo F. Rabino dijo: I- El Magistrado Titular del Juzgado en lo Civil y Comercial n° 4 departamental, dictó sentencia en estos obrados a fs. 236/243, haciendo lugar a la demanda entablada por Ana Ester Rodríguez contra Miguel Enrique Rodríguez por división de condominio, y en consecuencia decretó la misma respecto del inmueble consignado en autos. Diferió la forma de división para la etapa procesal prevista en el artículo 674 del Código Procesal e impuso las costas al demandado en su calidad de vencido. Asimismo, rechazó la pretensión por fijación y cobro de canon locativo, con costas a la accionante. II- Apeló únicamente la actora fs. 283, recurso que le fuera concedido libremente a fs. 286. Mediante la pieza de fs. 317/321 fundó sus discrepancias, las que merecieron las réplicas que lucen a fs. 323/324. III- Se agravia la accionante por el rechazo de su pretensión por fijación de canon locativo y/o compensación locativa, señalando que el aprovechamiento, uso y goce del inmueble por parte de su contraria se encuentra comprobado. Resalta que así lo entendió el judicante en el punto 4-3) del decisorio, como también que dicho uso en forma exclusiva y excluyente del demandado nunca fue compensado económicamente a la actora, circunstancia que se encuentra reconocida conforme el pliego de posiciones de fs. 124 y las respuestas de fs. 125. Considera que en virtud de estar probado el daño padecido por la actora en materia de canon locativo, la conclusión del a quo respecto a la falta de prueba para establecer el valor locativo del inmueble es errónea. Manifiesta que dicho quantum resulta fácilmente deducible en virtud del valor del inmueble, la costumbre y la práctica del mercado inmobiliario en materia de alquileres de viviendas, la pericia de fs. 171/185 y las demás cuestiones vertidas y desarrolladas en autos. Expone que el Juez posee la facultad de fijar el valor locativo de la propiedad con total libertad y prescindencia de la eventual prueba pericial que se hubiere realizado. Solicita se revoque parcialmente la sentencia, y se fije un monto compensatorio por la ocupación exclusiva del inmueble por parte del demandado, con costas al mismo, dejando sin efecto las impuestas a su parte. IV- Inicialmente cabe recordar, que que en virtud del principio de congruencia en materia recursiva, la revisión de la sentencia se encuentra acotada a aquéllo que ha sido materia de agravio. En el campo recursivo -tanto ordinario como extraordinario- tiene vigencia desde antiguo la premisa de que la restricción de la competencia del superior está dada por la medida del recurso donde se fija el "thema decidendum: tantum devolutum quantum appellatum", brocárdico que tipifica el agravio como válvula de apertura del recurso. Si el interés es la medida de la acción, el agravio lo es del recurso (S.C.B.A., Ac. 93.950, s. dell 5/VII/2006; C. 100.904, s. del 2/VII/2008; C. 103.161, s. del 10/VIII/2011; C.

117.732, s. del 29/IV/2015, entre muchos otros). De esta forma, la expresión de agravios postulada por la parte actora circunscribe la queja al rechazo de la pretensión por compensación y/o fijación de canon por la ocupación exclusiva de su condómino, materia sobre la cual habré de expedirme. Aclarado ello, he de adelantar que, analizada la parcela del decisorio puesta en crisis en el marco del plexo probatorio existente en autos, el recurso merece prosperar. 1) El Magistrado de la instancia de origen sostuvo que la circunstancia del uso y goce del inmueble por uno sólo de los condóminos "...ha sido reconocida por el propio accionado puesto que manifestó que vive en él con su familia, sirviendo esto de prueba idónea. En efecto, dicha circunstancia se encuentra reconocida por el demandado, y ratificada por los testigos" (v. fs. 241, considerando 4-3). Dicha conclusión no ha sido motivo de embate alguno por las partes, por lo cual se posa firme en esta instancia. Así, resulta dable recordar que el condominio es el derecho real de propiedad que pertenece a varias personas, por una parte indivisa, sobre una cosa mueble o inmueble, teniendo éstas idéntico derecho al uso y goce de la cosa y a reclamar la división de la misma mientras no se encuentre

sometida a una indivisión forzosa (arts. 2673, 2684 y 2692 del Código Civil s. Ley 340 y modif.; 1983,1986 y concs. del Código Civil y Comercial de la Nación). En ese contexto, aquel que usa la cosa indivisa, aunque lo haga excluyendo al restante condómino, está ejerciendo tal derecho, de modo que por ese uso exclusivo no asume ninguna obligación en relación a este último. Sin embargo, como ambos gozan del mismo derecho de igual manera, basta que el otro manifieste su oposición al uso exclusivo de su copartícipe, para que éste, a partir de entonces, quede obligado frente a aquel al pago de una compensación equivalente a un canon locativo hasta tanto cese dicha ocupación exclusiva o se lleva a cabo la efectiva división del bien. De este modo, se compensa con dinero el perjuicio que uno de los condóminos sufre a causa del beneficio que otro recibe mediante el aprovechamiento exclusivo de la cosa (arts. 2680 y 2684 del código velezano; 1986 y 1988 C.C. y C.N.; cfr. doctr. CC0002 QL, 14635, 9/V/2017; el destacado me pertenece). En este orden de ideas, a partir de la notificación de la acción aquí instaurada, la actora ha exteriorizado el reclamo por la ocupación exclusiva y excluyente del inmueble de autos por parte de su hermano. Es que previo a ello, no ha habido una exteriorización de dicho reclamo que demuestre la falta de conformidad con la situación existente, por lo que debe presumirse un consentimiento tácito de ocupación gratuita. Ello así, toda vez que la carta documento agregada a fs. 28/31 no contiene intimación o reclamo alguno de una compensación dineraria por el uso y goce exclusivo del inmueble, ni tampoco resulta prueba eficiente de ello, las respuestas del apoderado de la actora que surgen de la absolución de posiciones de fs. 127, como pretende hacer valer la recurrente. En prieta síntesis, la relación jurídica entre las partes encierra una obligación pura y simple, siendo su exigibilidad en forma inmediata a su nacimiento, que no requiere la fijación de un plazo, pero si la interpelación para la constitución en mora, la que debe reunir los requisitos intrínsecos, como son el requerimiento de pago y su tiempo (arg. art. 509 del C. Civil s. Ley 340 y modif.; art. 887 del C.C. y C.N.). En definitiva, tengo para mí, que se encuentra acreditado en el caso el uso y goce, exclusivo y excluyente, por parte del demandado -y su grupo familiar- del inmueble que posee en condominio con Ana Ester Rodríguez; como así también, el derecho de la actora a percibir una compensación en carácter de canon locativo, reclamo por el cual se constituyó en mora al demandado el día 15 de julio de 2011 con el traslado de la acción instaurada (v. fs. 87/88 y 91). 2) Ahora bien, el núcleo de la disconformidad de la recurrente se centra en el rechazo de su pretensión compensatoria, con fundamento en la falta de prueba a los efectos de valorar el canon locativo pertinente. Cabe traer a colación, que el artículo 165 del digesto de forma autoriza al Juez a fijar el importe del resarcimiento cuando no estuviera justificado su monto, siempre que el perjuicio se encuentre acreditado. Empero, el ejercicio de esta facultad que confiere la norma citada, no legitima un ejercicio caprichoso o arbitrario que contradiga las reglas o principios de la experiencia que se invocan para fundar la estimación de aquel monto (cfr. doctr. S.C.B.A., C. 98.305, s. 25/VI/2008). Es decir, la prueba de la certeza del daño y su extensión corresponde a quien lo invoca, y sólo la cuantificación del perjuicio puede ser suplida por la facultad que confiere a los jueces el artículo citado, dentro de los parámetros señalados por la equidad y la razonabilidad, reduciendo en determinados supuestos el monto reclamado por tal concepto, ante la deficiente prueba de tal extensión, sin suplir la prueba que debió producir la interesada (cfr. doctr. Oteiza Eduardo en "Código Procesal...", Rub. Culz. 2012, 2º Ed. ampliada y actualizada por Roland Arazi, T. I., pag. 346/347). En estos pleitos por indemnización derivada de la ocupación de un inmueble, el valor del canon -su justiprecio- no puede ser, por su propia naturaleza, señalado con exactitud matemática, quedando librada, dentro de ciertos límites, al criterio de los jueces (cfr. Morello, Sosa, Berizonce, "Códigos Procesales...", Ed. Plantense, T. II-C, pag. 144). Siguiendo estos lineamientos, probado el derecho de la actora a percibir la compensación reclamada, encuentro que corresponde analizar los elementos necesarios para arribar a una suma dineraria a tales fines. En esa faena, encuentro preponderante la pericia agregada en autos a fs. 171/185 que fuera realizada por el Martillero y Corredor inmobiliario Vicente Roberto Di Tommaso, la cual no mereciera objeción alguna de las partes (v. fs. 187 y 202; arts. 384 y 474 del C.P.C.C.). Creo oportuno citar, que por el principio de adquisición procesal, una vez producida la prueba, la misma es asumida para el proceso y sirve a la convicción o certeza de los magistrados con prescindencia de los sujetos que la ofrecieron o produjeron; no pudiendo las partes pretender que el juzgador al dictar su fallo prescindiera de alguna de las pruebas si consintieron su agregación al juicio (S.C.B.A., Ac. 79216, s. 24/IX/2003; Ac. 87968, s. 16/II/2005; C. 1211056, s. 8/XI/2017, entre muchos otros). Retomando el análisis de la experticia, de la misma surge que el inmueble se encuentra en una zona cercana a las estaciones de tren de Adrogué, José Marmol y Burzaco (20 cuerdas aprox.); con acceso a líneas locales de colectivos; colegios privados y estatales en la zona; cercano al Hospital de Adrogué; a 10 cuerdas aproximadamente de la Avenida Espora. Agrega el perito que según informe de A.R.B.A. el total construido es de 170 mts. cuadrados sobre un total de 330,10 (10 x 33,01 mts.). Describe que el bien consta de dos plantas, a saber: en planta baja cuenta con jardín/parque al frente, garaje, cocina-comedor, living, pequeño patio, lavadero y baño. Mientras que en planta alta, a la cual se accede por escalera de madera de muy buena calidad, cuenta con un lugar de paso apto como estar o lugar de estudio, dos dormitorios con placard y techo de madera ala vista con piso de parque, un baño y ante baño, el resto pisos de cerámica, todo en excelente estado de conservación. Informa el Martillero y Corredor Público actuante que el inmueble consta de servicio de luz, agua corriente, gas natural, asfalto y cisterna por problemática del uso

del agua corriente. Concluye el experto que utilizando el método VAPROF (valor promedio de ofertas), para este tipo de inmueble en la zona de Burzaco -se acompaña plano y fotografías- el total de tasación es de ciento veinte mil dólares estadounidenses (US\$ 120.000). Arribados a este punto, a los fines de establecer el monto del canon locativo, no cabe sujetarse a fórmulas matemáticas o parámetros inmovibles, ni atado a cualquier estimación pericial, sino que corresponde ajustarse prudentemente a parámetros de equidad (art. 165 del C.P.C.C.), mediante diversos factores a ponderar: la naturaleza que reviste el destino del bien, su ubicación en el ejido urbano, estado físico, dimensiones y funcionalidad de la construcción y, en derredor de los usos y costumbres para calcular la renta aproximada que se hubiera logrado en el mercado libre de contratación. Albergando estos parámetros, y conforme las características y valor del inmueble informados por el perito actuante a fs. 171/185, enmarcados en los porcentajes de tasación que, por las máximas de la experiencia, se estilán en la actividad inmobiliaria a los fines de las locaciones urbanas y, principios de equidad, razonabilidad y proporcionalidad que facultan al Juez a los fines de justipreciar el valor de la compensación dineraria, entiendo que el canon locativo mensual del inmueble debería alcanzar la suma de \$ 6.000 (arts. 165, 384 y 474 del ordenamiento procesal).- En este entendimiento, y de acuerdo al los porcentuales de la división de condominio que llega firme a esta Alzada, deberá abonarse en favor de la actora la suma de \$ 3.000 mensuales, pagaderos desde la fecha de mora (15 de julio de 2011) hasta tanto dure la ocupación exclusiva del inmueble por parte del demandado y su grupo familiar (arts. 509, 2680 y 2684 del Código Civil s. Ley 340 y modif.; arts. 887, 1986 y 1988 del C.C. y C.N.; arts. 165, 384 y 474 del C.P.C.C.). La suma reconocida como canon locativo, devengará intereses que se calcularán a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para la captación de depósitos a plazo fijo a 30 días, durante los distintos períodos de devengamiento, desde la fecha de mora establecida sin otro cortapisa que el efectivo cumplimiento, en tiempo y forma, de la obligación reconocida (arts. 622 del Código Civil s. Ley 340 y modif.; arts. 7 y 768 inc. c del Código Civil y Comercial de la Nación). V- En lo tocante a las costas, y en virtud de la solución que se propicia, corresponde imponer las mismas, por la pretensión de fijación de canon locativo en ambas instancias, al demandado, de acuerdo al criterio objetivo de la derrota (arts. 68 y 274 del Código Adjetivo). Como natural desenlace de lo expuesto, en lo que ha sido materia de agravios, VOTO POR LA NEGATIVA.- A la primera cuestión, el Dr. Luis A. Conti expresó que por compartir los mismos fundamentos que el Dr. Guillermo F. Rabino VOTA EN IGUAL SENTIDO. A la segunda cuestión, el Dr. Guillermo F. Rabino dijo: I- Liminarmente cabe señalar que cada uno de los remedios legales para cuestionar las resoluciones judiciales, tienen autonomía conceptual y normativa, con excepción de la apelación subsidiaria a la reposición (arts. 241 del C.P.C.C), y deben deducirse en modo directo y principal, ya que no tienen viabilidad los ataques subordinados a la suerte de otro medio de impugnación interpuesto en primera línea. (cfr. S.C.B.A., Ac. 57637 del 15/IX/98; esta Sala, causa n° 25.741, I. 20/III/2001, entre muchas otras posteriores). A su vez, por acción de esas mismas razones, en aquellos casos en que el recurso de apelación es esgrimido en forma subordinada a la solicitud de aclaratoria, se entendió que la apelación no era procedente (esta Sala, causas n° 26040, I. del 17/5/2001; n° 38384, I. del 24/VI/2008; n° 38698, I. del 4/IX/2008; n° 38908, I. 27/11/2008, entre muchas otras). Cabe tener presente que, invariablemente nuestra Suprema Corte ha sostenido que la jurisdicción de alzada es de orden público, siendo el deber del Tribunal examinar aún de oficio la procedencia formal del recurso (admisibilidad) o su forma de concesión, pues el orden de las apelaciones y de las instancias pertenece al sistema de la ley y no a la voluntad de las partes, y dicho análisis lo es sin perjuicio de la concesión hecha por el a quo, por más que se halle consentida (S.C.B.A., Ac. 31.281 del 8/II/83 y Ac. 44.306 del 10/IX/91, citados por Morello-Sosa-Berizonce-Kaminker-Tessonnes "Código Procesales..." T. X-B, Actualización, Librería Editora Platense-Abeledo Perrot, 2005, pág. 480; esta Sala, Causa n° 39735, I. del 10/VIII/2010). En ese orden de ideas, habiéndose interpuesto la apelación en forma subsidiaria al planteo de aclaratoria de fs. 274, su viabilidad se ve seriamente comprometida; por lo que propicio al Acuerdo declarar mal concedido el recurso de apelación en subsidio interpuesto a fs. 277. En consecuencia, VOTO POR LA NEGATIVA.- A la segunda cuestión, el Dr. Luis A. Conti expresó que por compartir los mismos fundamentos VOTA EN IGUAL SENTIDO.- A la tercera cuestión, el Dr. Guillermo F. Rabino dijo: Visto el acuerdo logrado al tratar la cuestión anterior, corresponde revocar, en lo que ha sido materia de agravios, la apelada sentencia de fs. 236/243, y en consecuencia, hacer lugar a la pretensión por fijación de canon locativo incoada por Ana Ester Rodríguez contra Miguel Enrique Rodríguez, debiendo abonar el demandado a la actora la suma de \$ 3.000 mensuales, pagaderos desde la fecha de mora (15 de julio de 2011) hasta tanto dure la ocupación exclusiva del inmueble por parte del demandado y su grupo familiar, con más los intereses que se calcularán a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para la captación de depósitos a plazo fijo a 30 días, durante los distintos períodos de devengamiento, desde la fecha de mora establecida sin otro cortapisa que el efectivo cumplimiento, en tiempo y forma, de la obligación reconocida. Las costas de ambas instancias por la pretensión de fijación de canon locativo deberán imponerse al demandado en su calidad de vencido (art. 68 y 274 del C.P.C.C.). Declarar mal concedido el recurso de apelación interpuesto en subsidio a fs. 277. Propicio diferir la consideración de los honorarios profesionales, hasta la oportunidad en que se practiquen las correspondientes determinaciones en la instancia de

origen. ASI LO VOTO.- A la tercera cuestión, el Dr. Luis A. Conti expresó que por compartir los mismos fundamentos VOTA EN IGUAL SENTIDO. SENTENCIA. Y VISTOS: CONSIDERANDO: Que en el Acuerdo celebrado quedó establecido: 1°) Que, en lo que ha sido materia de agravios, la apelada sentencia de fs. 236/243 debe revocarse. 2°) Que en consecuencia, corresponde hacer lugar a la pretensión por fijación de canon locativo incoada por Ana Ester Rodríguez contra Miguel Enrique Rodríguez, debiendo abonar el demandado a la actora la suma de \$ 3.000 mensuales, pagaderos desde la fecha de mora (15 de julio de 2011) hasta tanto dure la ocupación exclusiva del inmueble por parte del demandado y su grupo familiar, con más los intereses que se calcularan a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para la captación de depósitos a plazo fijo a 30 días, durante los distintos períodos de devengamiento, desde la fecha de mora establecida sin otro cortapisa que el efectivo cumplimiento, en tiempo y forma, de la obligación reconocida. 3°) Que las costas de ambas instancias, en lo que respecta a la pretensión por fijación de canon locativo, deberán imponerse al demandado en su calidad de vencido (arts. 68 y 274 del C.P.C.C). 4°) Que corresponde declarar mal concedido el recurso de apelación interpuesto en subsidio a fs. 277. POR ELLO: y fundamentos consignados en el Acuerdo, en lo que ha sido materia de agravios, revócase la apelada sentencia de fs. 236/243, y en consecuencia, hágase lugar a la pretensión por fijación de canon locativo incoada por Ana Ester Rodríguez contra Miguel Enrique Rodríguez, debiendo abonar el demandado a la actora la suma de \$ 3.000 mensuales, pagaderos desde la fecha de mora (15 de julio de 2011) hasta tanto dure la ocupación exclusiva del inmueble por parte del demandado y su grupo familiar, con más los intereses que se calcularan a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para la captación de depósitos a plazo fijo a 30 días, durante los distintos períodos de devengamiento, desde la fecha de mora establecida sin otro cortapisa que el efectivo cumplimiento, en tiempo y forma, de la obligación reconocida. Impónense las costas de ambas instancias por la pretensión de fijación de canon locativo al demandado en su calidad de vencido (art. 68 y 274 del C.P.C.C.). Declárase mal concedido el recurso de apelación interpuesto en subsidio a fs. 277. Difiérase la consideración de los honorarios profesionales, hasta la oportunidad señalada al tratar la tercera cuestión. Regístrese. Notifíquese y, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de origen. Encontrándose incluida la presente dentro de la excepción contenida en la primera parte del segundo párrafo del artículo 1 del ?Protocolo para la notificación por medios electrónicos? aprobado por la Suprema Corte de Justicia mediante Acordada n° 3845, confecciónese la cédula ordenada de conformidad con lo dispuesto por el quinto párrafo del artículo 143 del rito y el artículo 8 del referido Protocolo, con transcripción del presente.-

030300E